

# “法律技术”概念之探讨

闫 敏

**摘 要** 法律技术是法学研究中经常使用的概念,而学界使用法律技术这一概念的含义却不尽相同。本文从技术与方法两个概念入手,从法律之中的技术和适用法律的技术两个方面对法律技术的概念加以分析,以期对法律技术的概念作以界定。

**关键词** 技术 法律技术

中图分类号:D920.4

文献标识码:A

文章编号:1009-0592(2008)09-035-02

## 一、技术的概念

### (一)技术

《辞海》对“技术”解释为根据生产实践经验和自然科学原理而发展成的各种工艺操作方法和技能(包括工艺过程、作业程序)。有学者主张,技术已成为发展经济和满足公共需要的物资工具和知识技能的总和,并具有不断创新的动态特点。这是从经济学角度对技术下的定义。而杜威则认为技术意指所有智力性的技巧,运用这些技巧,自然的和人类的能量被加以引导并被用于满足人类的需要。这一概念将“物资工具”排除在技术的概念之外,认为技术仅指一种“智力性技巧”的系统化探究,而技术活动便是人类利用各种工具与自然和社会不断发生贯通作用的过程,是运用工具制造“人工制造物”的过程。这也是笔者赞同的一种定义。

关于技术是否包含价值成分这一问题存在着两种相反的意见:一是“技术价值中立”(value-neutral),二是“技术价值负荷”(value-laden)。技术中立论认为技术在本质上是中性的,“技术为人类的选择与行动创造了新的可能性,但也使得这些可能性的处置处于一种不确定的状态。技术产生什么影响,服务于什么目的,这些都不是技术本身所固有的而取决于人用技术来做什么。”而这种从技术的自然属性角度对技术本质的理解,逐渐受到“技术价值负荷论”的质疑。“技术价值负荷论”认为:“所谓的价值负载,实质上是内在于技术的独特的价值取向与内化于技术中的社会文化价值取向和权利利益格局互动整合的结果。”笔者认为,在技术之中是包含着一定的价值成分的,从杜威的技术概念出发,“一切思想都是应用于实验操作中的智能工具,以解决经验中出现的问题”。并且技术常常是针对特定的现存问题,在一定目的指导下运用工具的过程,因此并不是价值中立的。

### (二)技术与方法

技术活动是制造以及运用“人工制造物”的过程。这里的“人工制造物”既可以是形体的、物质的,也可以是无形的、精神的(如法律),它们都属于广义的工具范畴,二者之间的区别是功能上的,而不是本体论意义上的。也就是说,有形的工具和无形的工具都是技术的工具。技术正是在制造和运用这些工具解决问题的过程中体现出来的。在此意义上,法学领域的“方法”也可以说是这种意义上的无形的工具。

博登海默在《法理学——法哲学及其方法》一书中以“法律与科学方法”和“司法程序技术”两章完成了对法律技术的论述。作此结构设置一方面说明了在法学领域内“方法”与“技术”存在着区别,另一方面也说明,法律方法问题的主要内容在西方学界特别是社会学界的地位并不明确,一般是作为法律的技术问题来认识和对待的。笔者认为,法律“方法”与“技术”是存在区别的。“方法”一般不包含价值判断,是纯粹的、客观的,但其发挥作用的过程却是需要以价值为指导的。即通过具有价值内涵的技术对方法的运作,从而实现法的目的。虽然博登海默在《法理学——法哲学及其方法》一书中将“价值判断”归入“科学方法”一章,但笔者认为,这里的价值判断并不是一种法律方法,而是一种“技术”。当然,这并不是说法律方法对于法律技术的研究毫无意义,相反,在研究法律技术的时候,法律方法的研究是必不可缺少的。因为,在一定意义上,技术是价值判断和纯粹的方法的结合,它是一种通过价值判断来运用方法的技能。这也正是博登海默在《法律技术》一章专门论述法律方法的原因。

## 二、法律之中的技术

究竟何为法律技术?《牛津法律大辞典》的定义是:“法官和律师的实务技能,利用和运用他们的知识去处理争议或者达到其它预期结果的手段。每一个法律实践部门都有一套实践技能和方法。”我国也有学者认为,法律技术即在法律适用过程中的一种实践技能,是法官对于法律问题予以处理时的手段和方法;在考证这些概念之前我们必须解释法律的概念。而构成法学这门学科的最基本概念——法律,并没有一个公认的定义。鉴于此,笔者从法律的三个面向出发对法律技术进行了思考。

当我们讲“法律”理解为“作为规则(的特定形态)的法律”之时,法律技术也就相应地成为作为规则形态的法律所必需的技术成分,即法律之中所包含的技术成分。这里笔者将“技术”换为“技术成分”并非偷换概念,而是为适应作为规则的法律的静态状态,将“技术”作了静态化处理。在这种意义上使用法律技术,可以说是将法律本身理解作为一种技术。杜威说:“社会学是一种技术,政治学也是一种技术。”而由此看来,我们可以说法学也是一种技术。川岛武夷先生更是直接将法律视为“人类作用于社会(在社会学中称之为‘社会控制’)的技术”,当然这种技术是为了保障价值的实现而生的。

作者简介:闫敏,厦门大学法学院2006级研究生,研究方向:宪法与行政法学。

法律之中的技术(或者说法律这种技术)是通过“作为规则的法律”文本中体现出来的,或者说这种技术实际上就是川岛武夷先生视为与“法律价值判断”同等重要的“词语技术”要素。法律是通过一定的语句形式表现出来的,而这种表现法律规范的语句形式即“法律命题”<sup>①</sup>,我们所指的技术性,也即法律命题的技术性。

第一,法律词语所指称的概念,是法律所特有的。例如所有权、第三人、善意取得等词语我们在日常生活中并不使用,可以说是法律为了特定目的“自造”的词语。而这些含义特定的概念,都是按照法律技术的要求特别构成的,是法律技术最直接的体现。

第二,法律命题中的逻辑构成为法律所特有。法律之中的逻辑构成,不同于日常生活中的逻辑思维过程,也不同于自然界中的因果关系。最典型的法律命题的形式为“‘……当[F]事实存在时,……P要作为[A]行为’。”<sup>②</sup>这一命题的逻辑结构虽然看似简单,只是日常生活中常用的条件句,但其中作为条件的事实与作为结果的行为之间并非简单的因果关系。而且在不同的部门法中,这一逻辑结构还会以各种不同的逻辑方式表现出来。非经过专业训练的人不可能理解其中的精妙。

### 三、适用法律的技术

这里对法律技术的理解,将“法律”视为一种“作为人类活动的法律”。“现行的、实在的”法律要求,法律不能仅仅作为静态的法律文本,因此,动态的适用法律的技术便成了构成法律技术的另一面。这也是学界的一种比较普遍的用法,即认为法律技术是法律运行的过程中适用法律的技术。包括立法技术、审判技术和执法技术。

#### (一)立法技术

所谓立法技术是指人们在长期的立法实践活动中,将逐步摸索、积累的知识、方法、技巧、经验加以总结而形成的规则。<sup>③</sup>立法技术是在立法实践中产生并发展起来的,关于法的内容的确定、表述及完善的方法和技能的总称。<sup>④</sup>从不同的角度出发,对立法技术所作的分类也不尽相同,在此根据周旺生先生的论述,我们将立法技术分为运筹技术和结构营造术。立法活动运筹技术,主要指立法活动过程如何安排、调度、筹划和控制有关事项的方法和操作技巧。总之,立法技术是由无数与法律运作有关的技术构成的技术群,正如孙潮先生所说,一个立法者“要成功而有效地工作,他必须同时具备设计师和建筑师的秉性和才能。”<sup>⑤</sup>

#### (二)司法中的法律技术

相对于立法技术较发达的大陆法系国家,英美法系国家的立法技术主要指的是审判的技术,这也是由两大法系自身的特点决定的。当然,既然英美法系关于司法审判的技术如此发达,对于大陆法系的审判活动而言也必定有其借鉴意义。

对宪法的解释并非英美法系所独有,这一技术可以说一种普遍的司法技术。我们可以推而广之将这一技术概括为法律解释的技术。单纯的法律解释其实是一种法律方法,而如何运用这一方法便属于法律技术的范围。

遵循先例乃是用来意指英美先例原则的一个通用的术语。它意味着某个法律要点一经司法判决确立,便构成了一个日后不应背离的先例。显然这一技术在英美法系国家是极为重要的一项法律技术,而在大陆法系国家,这一技术貌似无用武之地。而实际上,遵循先例与法制统一原则在精神上是相一致的。在大陆法系国家,在审判过程中法制统一原则通过一些具体的技术体现出来。

案件判决理由的形成技术,最终都体现于法院形成的判决书当中。而判决的形成可以说是审判活动成果的最终体现,判决必须以充分的说理说明判决的理由、依据以及整个推理过程等。

#### (三)执法中的法律技术

执法本身就体现了法律技术,在执法的各个环节都渗透着技术问题。由于执法活动的复杂多样性,既包括一部分“准立法”行为,也包括一部分“准司法”行为,因此执法中的法律技术,实际上包含了部分立法和司法中的法律技术。除此之外,执法过程还涉及到一些特殊的法律技术,而这些执法技术又具体到各个不同的执法过程当中,专业性较强,与科学技术的结合十分紧密,异常纷繁复杂。

### 四、结语

归纳法律技术概念这项任务是十分艰巨的,即使以上我们将“技术”与“法律”都作了分析,并由此得出了几种意义上的法律技术的概念,但其内涵与外延似乎仍然不甚明晰。茫然之际,沃泽尔的一段话让我豁然开朗,他用一种略为不同的隐喻将概念比喻成“一张轮廓模糊而且愈到边上愈加模糊的照片。”<sup>⑥</sup>当人们建构和界定法律概念之时,通常考虑的是那些能够说明某个特定概念最为典型的情形,而不会严肃考虑那些难以确定的两可性情形。<sup>⑦</sup>据此,我们要考虑的便是在以上三种概念当中,何为通常意义或者是最典型的情形。笔者观察,大多数学者是在第二种意义上使用“法律技术”这一概念,也就是将其理解为一种法律适用的技术。因此,作为法律技术这张“轮廓模糊的照片”,不妨将第二种意义上的法律技术视为照片的内核,而第一种意义和第三种意义上的法律技术则构成其模糊的边缘。

注释:

①⑤孙潮 立法技术学 浙江人民出版社,1993年版,第1-2页,第5页。

李振球 技术经济学 东北财经大学出版社,1999年版,第2页。

③④庞丹,李鸥 杜威的实用主义技术哲学研究纲领——科学研究纲领方法论的应用,东北大学学报(社会科学版)2006年9月,第八卷第五期。

Mesthene E G. Technology change its impact on man and society [M]. New York: New American Library, 1970. 60. 庞丹,李鸥 杜威的实用主义技术哲学研究纲领——科学研究纲领方法论的应用,东北大学学报(社会科学版)2006年9月,第八卷第五期。

段伟文 技术的价值负载与伦理反思,自然辩证法研究,2000,16(8)31. 庞丹,李鸥,杜威的实用主义技术哲学研究纲领——科学研究纲领方法论的应用,东北大学学报(社会科学版)2006年9月,第八卷第五期。

胡玉鸿 法律技术的内涵及其范围,现代法学,2006年第五期。

[美]杜威 杜威五大演讲,安徽教育出版社,1998年9月版,庞丹,李鸥,杜威的实用主义技术哲学研究纲领——科学研究纲领方法论的应用,东北大学学报(社会科学版)2006年9月,第八卷第五期。

[日]川岛武夷 申政武,渠涛,李旺,王志安译,现代化与法,中国政法大学出版社,2004年版,第238页。

⑩⑪⑫[日]川岛武夷 申政武,渠涛,李旺,王志安译,现代化与法,中国政法大学出版社,2004年版,第241,251页,第252页。

⑬王隼 实用立法技术,中国法制出版社,1995年版,第98页。

⑭吴秋菊 立法技术探讨,时代法学,2004年第4期。

⑮⑯ K. G. Wurzel, "Methods of Juridical Thinking" in Science of Legal Method (Boston, 1917) p. 342. [美]E·博登海默 邓正来译,法理学:法哲学与法律方法,中国政法大学出版社,2004年版,第505页。